

حكم أخذ الأجر على الضمان

د. يوسف الشبيلي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ، أما بعد:

للعلماء في حكم أخذ الأجر على الضمان الشخصي (الكفالة) قولان :

القول الأول :

تحريم أخذ الأجر على الضمان الشخصي :

وهذا مذهب الجمهور من الحنفية [1]، والمالكية [2]، والشافعية [3]، والحنابلة [4]، والظاهرية [5].

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

الدليل الأول :

الإجماع .

ففي الإشراف لابن المنذر : ((أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحِمالة بجعل يأخذه الحميل ، لا تحل ولا تجوز)) [6].

([1]) المبسوط 32/20 ، الفتاوى البزازية 18/6 ، منحة الخالق على البحر الرائق 242/6 ، غمز عيون البصائر 154/3 .
([2]) البهجة شرح التحفة 296/1 ، حاشية الدسوقي 341/3 ، بلغة السالك 160/2 ، شرح الخرشي 30/6 .
([3]) الأم 234/3 ، الحاوي الكبير 121/8 ، روضة الطالبين 263/4 ، مغني المحتاج 218/3 .
([4]) المغني 91/7 ، الفروع 207/4 ، المبدع 213/4 ، شرح المنتهى 225/2 .
([5]) المحلى 111/8 .
([6]) الإشراف 120/1 ، وانظر : مواهب الجليل 113/5 .

نوقش :

بأن دعوى الإجماع هذه لا تصح ، فقد نقل في الحاوي الكبير عن إسحاق بن راهويه قوله بجواز الضمان بجعل[7].

ويجاب :

بأن ما نقل عن إسحاق ليس بظاهر الدلالة على المراد ، فنص عبارة الحاوي الكبير : ((والضمان إن كان بشرط الجعل فاسد بخلاف ما قاله إسحاق بن راهويه)) ، فهذا يحتمل أن مراده فساد الشرط وصحة العقد ، خلافاً للجمهور الذين يرون فساد العقد والشرط معاً ، ويحتمل أن مراده جواز الجعل إن لم يكن مشروطاً ، وهذا ظاهر ما نقله عنه ابن المنذر ، فإنه بعد أن حكى الإجماع على تحريم الحِمالة بجعل **قال** : ((واختلفوا في ثبوت الضمان على الشرط .. وقال أحمد في مسألة الكفالة : ما أرى هذا يأخذ شيئاً بحق ، وقال إسحاق : ما أعطاه من شيء فهو حسن)) [8]. فظاهره : ما يعطيه عن طيب نفس من دون شرط [9].

الدليل الثاني :

أن الأصل في الضمان أنه من عقود التبرعات ، فإذا شرط الضامن لنفسه حقاً خرج عن موضوعه ، فمنع صحته[10].

نوقش من وجهين :

الأول : عدم التسليم بأن الضمان محض تبرع ، فكونه ((تبرعاً إنما يظهر حيث لا يثبت الرجوع ، فأما حيث ثبت فهو إقراض لا محض تبرع)) [11].

الثاني : وعلى فرض التسليم بأن الأصل في الضمان أنه تبرع ، فإنه لا يمتنع شرعاً أن ينقلب بالتراضي إلى معاوضة ، فالهبة – وهي أساس التبرعات – لا يمتنع شرعاً أن يتراضى الطرفان على قلبها إلى معاوضة ، كما في هبة الثواب ، والعارية يجوز فيها اشتراط العوض فتنقلب إجارة ، مع أن الأصل فيها أنها تبرع بمنافع العين المعارة ، والوكالة والوديعة كذلك ، يصح فيها اشتراط العوض مع أنها في الأصل عقود إرفاق [12].

([7]) الحاوي الكبير 121/8 .
([8]) الإشراف 121/1 .
([9]) أحكام الأوراق النقدية والتجارية ص 303 .
([10]) الأم 234/3 ، المبسوط 8/20 ، الاختيار لتعليل المختار 448/2 .
([11]) فتح العزيز 360/10 .
([12]) ((جواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان)) بحث أحمد علي عبد الله ، مجلة المجمع 1136/2/2 .

الدليل الثالث :

أن الشارع جعل الضمان والجاه والقرض من أبواب المعروف التي لا تفعل إلا لله تعالى فكان أخذ العوض عليها سحت ، كأخذ الأجر على الصلاة والصيام ونحو ذلك [13].

ويناقش من وجهين :

الأول : أن القول بعدم جواز أخذ العوض عن المعروف والقرب فيه نظر ، فقد ثبت في السنة جواز اشتراط الأجر على الرقية بالقرآن ، ونص أهل العلم على جواز أخذ الأجر على بعض الطاعات كتعليم القرآن والأذان والإمامة ، وأخذ الأجر على الشهادة وتغسيل الميت وتكفينه ، إلى غير ذلك من القرب [14].

الثاني : أن قياس الضمان على القرض قياس مع الفارق ، لأن القرض قد دل الدليل على المنع من ابتغاء الأجر به ، فامتناع الأجر فيه لذاته ، أما الضمان فلا يمتنع أخذ الأجر عليه لذاته وإنما يمتنع إذا كان يؤول إلى القرض ، كما سيأتي .

مع أن إطلاق القول بأن القرض لا يكون إلا لله ليس بمسلم ، بل فيه تفصيل ، وبيانه أن القرض يقع على أربعة أوجه :

1- أن يكون لوجه الله تعالى ، فللمقرض الأجر والمثوبة من الله .

2- أن يكون لوجه المقترض ، أي أن المقرض يقصد استرضاءه وتطييب نفسه ، فله عندئذٍ وجه صاحبه ، أي رضاه وطيب نفسه ، وهذا سائغ شرعاً .

3- أن يكون لنفع المقرض بأخذ زيادة مشروطة ، فهذا قرض محرم يراد به أخذ خبيث بطيب .

وإلى هذه الأنواع الثلاثة أشار ابن عمر رضي الله عنهما **بقوله** : ((السلف على ثلاثة وجوه : سلف تسلفه تريد به وجه الله ، فلك وجه الله ، وسلف تسلفه تريد به وجه صاحبك ، فلك وجه صاحبك ، وسلف تسلفه لتأخذ خبيثاً بطيب فذلك الربا)) [15].

4- أن يكون لنفع المقرض والمقترض جميعاً من غير مضرة بواحد منهما ، كما في السفتجة التي أجازها كثير من محققي الفقهاء ، ومن التطبيقات المعاصرة لهذا الوجه : الإيداع الخالي من الفائدة الربوية في الحساب الجاري لدى المصارف ، إذ ليس قصد المقرض (المودع) وجه الله

---

(13) بلغة السالك 160/2 ، حاشية الدسوقي 77/3 ، جواهر الإكليل 112/2 .
(14) نظرية الضمان الشخصي ص 700 ، ((خطاب الضمان)) د. المصري ، مجلة المجمع 1118/2/2 .
(15) الموطأ 516/6- مع المنتقى .

.[16]

الثالث : أن قياس الضمان على الصلاة والصيام في عدم جواز أخذ الأجر غير سديد ، فإن الصلاة والصيام من الواجبات العينية على المكلف ، والتي يجب أن تكون خالصة لله تعالى ، أما الضمان فلا يجب على المسلم أن يضمن ديون الناس كلما طلب منه ذلك [17].

والذي يظهر أن الذي دفع فقهاءنا المتقدمين إلى اعتبار الضمان من الواجبات هو العرف المعتاد عندهم ، وهو كونه يبذل لمحتاج يستدين ولا يجد من يسلفه إلا بضمان مليء ، فيضمنه الغني تفريجاً لكربته ، وتفريج الكربة عن المسلم من الواجب على أخيه المسلم ، وهذا هو الذي جعل بعض الفقهاء يعتبر أخذ الأجر على الضمان من الرشوة [18]،

ولا شك أنه إذا خلا الضمان من هذه الصورة فلا يقول أحد إنه من الواجب ، فإنه الآن يبذل للأغنياء ولذوي الجاه فلم يلجئوا للضمان لسد فاقة أو دفع حاجة وإنما لتسهيل معاملاتهم ومبادلاتهم التجارية ، ولو بقي الضمان يقدم تطوعاً وتبرعاً لتعسر على كثير من الناس في أيامنا هذه الحصول عليه ، وإن أمكنهم فقد لا يتوفر في الوقت المطلوب ، أو بالحجم المنشود ، فينبغي أن يتغير الحكم الشرعي تبعاً لتغير العرف [19].

الرابع : أن إطلاق القول بأن أخذ الأجر على الواجب محرم ، فيه نظر ، فقد ذكر أهل العلم مسائل متعددة يجوز فيها أخذ الأجر على الواجب العيني ، ومن ذلك : الإرضاع ، وتعليم الفاتحة ، وإنقاذ الغريق ، والرَزْق على القضاء والحرف حيث تعينت ، وحفظ الوديعة وإن تعينت على شخص بعينه [20].

الدليل الرابع :

أن الأجر إنما يستحق شرعاً في مقابلة مال أو عمل ، وليس الضمان مالاً ولا عملاً ، فيكون أخذه بسببه من أكل أموال الناس بالباطل [21].

([16]) ((مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة)) بحث د. نزيه حماد . مجلة جامعة الملك عبد العزيز : الاقتصاد الإسلامي مج (9) .

([17]) ((مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة)) ص 108 ، ((جواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان)) ص 1136 .

([18]) المبسوط 32/20 .

([19]) ((خطاب الضمان)) د. المصري ص 1117 .

([20]) الأشباه والنظائر للسيوطي ص 721 ، تحفة المحتاج 100/7 .

([21]) غمز عيون البصائر 154/3 ، الحاوي الكبير 121/8 ، بلغة السالك 160/2 .

نوقش :

((بأن محض الالتزام فيه منفعة مقصودة ومصلحة مشروعة ، مشابهة للمنافع التي تبذل في الوديعة والعارية والوكالة ، ولذلك صح كونه محلاً للعقد في الضمان والوديعة ، كما جاز مبادلته بالمال في كثير من الفروع والمسائل الفقهية ، ومن ذلك :

أ- جواز أخذ الأجر على محض الالتزام بالحفظ في الوديعة ..

ب- أن الحنفية والحنابلة [22] أجازوا الربح في مقابل الضمان ، إذ أجازوا شركة الوجوه ، وهي شركة على الذمم من غير صنعة ولا مال ..

جـ- ما قرره المالكية من جواز أخذ العوض المالي على صنوف من الالتزامات الجائزة شرعاً ، ولو كان محلها ليس بمال ، كالتزام الزوج لزوجته أن لا يتزوج عليها مقابل جعل يأخذه منها ،وكالتزام الزوجة بعدم الزواج بعد موت زوجها مقابل جعل على ذلك .. الخ)) [23].

ومن ذلك أيضاً أن الحنابلة وبعض الشافعية والمالكية أجازوا أخذ الأجر على الجاه مطلقاً ولو لم يكن فيه كلفة[24].

الدليل الخامس :

أن اشتراط الأجر على الضمان من بيع الغرر .

ووجه ذلك : ((أن من اشترى سلعة وقال لرجل : تحمل عني بثمنها ، وهو مائة على أن أعطيك عشرة دنانير ، لم يدر الحميل : هل يفلس من تحمل عنه أو يغيب فيخسر مائة دينار ولم يأخذ إلا عشرة أو يسلم من الغرامة فيأخذ العشرة)) [25].

نوقش :

بأن هذا التعليل مقبول لو كان الأجر عوضاً عن الدين المكفول به ، ولكنه عوض مقابل مجرد التزام الضامن بالدين المكفول به في ذمته [26].

ويناقش أيضاً : بأن الأصل هو بقاء الدين في ذمة المدين وقدرته على الوفاء ، وكونه يفلس أو يغيب أمر عارض ، ولا يعني ذلك أن الضامن خسر ماله ، بل يبقى ديناً في ذمة المدين ، ولو صح اعتبار ذلك غرراً لكان الذي يبيع بيعاً آجلاً قد خاطر بماله كالضامن .

([22]) بدائع الصنائع 502/7 ، المغني 121/7 .

([23]) ((مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة)) ص 103 ، وانظر : فتح العلي المالك 234/1 .

([24]) الفروع 207/4 ، شرح المنتهى 225/2 ، فتاوى النووي ص 153 ، تحفة المحتاج 365/6 ، حاشية الدسوقي 224/3 ، المعيار المعرب 239/6 .

([25]) شرح مياره على التحفة 121/1 .

([26]) ((مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة)) ص 115 .

الدليل السادس :

أن اشتراط الأجر في الضمان يؤول إلى قرض جر منفعة .

ووجه ذلك : أنه في حال أداء الضامن للمضمون له يكون الضامن مقرضاً للمضمون ، فإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل ، فقد شرط له زيادة على ما أقرضه وهو ربا [27].

نوقش :

بأن الضامن إنما ملك المال للمضمون له لا للمضمون ، ولهذا لا يصح تسمية الأخير مقترضاً من الضامن ، ولا اعتباره كذلك في الأحكام [28].

ويجاب :

بأنه وإن لم يسلمه المال حقيقة ، فإنه نائب عنه في الأداء ، فيكون مديناً له بمثل ما أدى عنه .

القول الثاني :

جواز أخذ الأجر على الضمان .

وذهب إلى هذا القول بعض المتأخرين [29].

استدل أصحاب هذا القول بما يلي :

الدليل الأول :

أن الأصل في العقود والشروط الحل ، ولم يثبت عندهم ما يمنع من اشتراط الأجر على الضمان ، فضلاً عن أن الضمان عمل محترم ، يعزز من قيمة التزامات العميل المضمون ، ويحتمل الضامن بسببه المخاطرة ، فكان حرياً أن يستحق الأجر بهذا العمل [30].

وتناقش هذه الحجة :

بأنه لو نظر إلى الأحكام الشرعية بهذا الاعتبار لكان المقرض أولى بالأجر من الضامن لأن المقرض قد تجشم المخاطرة فعلاً ، وبذل المال ، وعزز من التزامات المقترض أكثر مما يقدمه الضامن للمضمون ، لأن الضامن قد أبدى الاستعداد فقط ، أما المقرض فقد باشر بالفعل ، فلو قيل بهذا القول لفقد تحريم الربا حجيته ، إذ كيف يحرم هذا المقرض الذي تخلى عن ماله ،

([27]) بدائع الصنائع 405/7 ، منحة الخالق على البحر الرائق 242/6 ، حاشية الدسوقي 341/3 ، المغني 441/6 .

([28]) ((مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة)) ص 116 .

([29]) منهم : الخفيف ، وعبد الرحمن عيسى ، وعبد الحليم محمود ، ونزيه حماد ، وغيرهم .
انظر : الربا والمعاملات المصرفية ص 390 ، البنك اللاربوي في الإسلام ص 131 .

([30]) ينظر المراجع السابقة .

الدليل الثاني :

ما روت عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ((الخراج بالضمان)) [31] .

ووجه الدلالة : أن الضامن يغرم في حال عدم تأدية المضمون ، فله أن يربح بمقابلة ذلك .

ويناقش :

بأن الاستدلال بهذا الحديث في غير محله ، فإن موضوع الحديث العقود التي يكون فيها الضمان تبعاً لا أصلاً ، كمن اشترى دابة فإنه في مدة الخيار يضمنها ، وفي المقابل يستحق منافعها أثناء تلك المدة ، فالضمان هنا تابع لعقد البيع ، وليس مقصوداً ، وقد يثبت مالا يثبت استقلالاً [32] .

الدليل الثالث :

أن تحريم الأجر على الضمان مبني على العرف ، فلذا ينبغي أن يتغير الحكم بتغير العرف ، لأن أعمال التبرعات محكومة بالعرف لا بالنص ، بدليل انقلاب كثير من أعمال التبرعات إلى أعمال تؤدى بالأجر كالإمامة والأذان والضيافة ، فإذا كان الضمان الذي لا يجوز أخذ الأجر عليه هو الضمان الشخصي المبني على الشهامة أو دفع الكرب عن الناس ، فإن الضمان الصادر من المصرف ليس فيه من هذا المعنى شيء ، لأنه عمل يؤدى لفئة من رجال الأعمال وهم لا يطلبون شفقة ولا إحساناً [33].

([31]) الحديث أخرجه أحمد وأهل السنن .

([32]) انظر : بدائع الفوائد 27/4 ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص 232 .

([33]) ينظر مجلة المجمع 1158/2 .

ويناقش :

بأن ما ذكر لا يغير من واقع الأمر شيئاً ، لأن الحكم الشرعي إذا لم يكن مرتبطاً بالعرف فإنه يبقى ثابتاً ، ولا يتغير بتغير العرف ، وتحريم الأجر على الضمان لا يستند إلى مجرد كونه معروفاً ، بل له من الأدلة ما تحكم ببقائه مع تغير العصور والأزمان .

ولو صح ما ذكر لجاز أن **يقال** : إن القرض إذا كان بقصد الاستثمار ، وبذل لرجال الأعمال في بناء المنشآت وتصميم المشاريع ، وخرج عن كونه استغلالاً للضعفاء والمساكين جاز أخذ الأجر عليه ، لأن الضمان والقرض سواء ، وأحسب أنه لو أجيز هذا لم يبق شيء من أحكام الشريعة إلا ويتغير مراعاة للعرف .

الترجيح :

بالنظر في القولين السابقين فإن الذي يظهر أن إطلاق القول بجواز أخذ الأجر على الضمان أو بمنعه ، فيه نظر ، بل يصح إذا كان لا يؤول إلى القرض بمنفعة ، لأن أدلة المنع لم تسلم من المناقشة سوى الدليل السادس منها ، فإذا خلا اشتراط الأجر من هذا المحظور فيجوز ، ومما يؤيد ذلك : ما ذكره أهل العلم من جواز أخذ ثمن الجاه ، مع أن علل المنع من الأجر في الضمان متحققة فيه ، فهو من المعروف ، وليس عملاً ولا مالاً ، إلا أنه يفارق الضمان بكونه لا يؤول إلى القرض ، لأن صاحب الجاه لا يغرم ، بخلاف الضامن فإنه يغرم ، وهذا يبين أن الإجماع المحكي في تحريم الأجر على الضمان ينبغي حمله على ما إذا كان يؤدي إلى القرض بمنفعة .